



VALÉRIA SANTANA DO CARMO

**A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NOS
CONTRATOS DE LOCAÇÃO**

BRASÍLIA

2010

VALÉRIA SANTANA DO CARMO

**A PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR NOS
CONTRATOS DE LOCAÇÃO**

Monografia apresentada como requisito para
conclusão do curso de bacharelado em Direito
do Centro Universitário de Brasília -
UniCEUB

Orientador: Prof. Leonardo Roscoe Bessa

BRASÍLIA

2010

CARMO, Valéria Santana do

A penhora do bem de família do fiador nos contratos de locação / Valéria Santana do Carmo. Brasília: UniCEUB, 2010.

55 fls.

Monografia apresentada como requisito para conclusão do curso de bacharelado em Direito do Centro Universitário de Brasília-UniCEUB.

Orientador: Prof. Leonardo Roscoe Bessa

Dedico esta monografia a todos que me ajudaram e incentivaram para conclusão deste trabalho. Aos meus pais, que muito me apoiaram e sempre caminharam comigo em busca dos meus sonhos. A minha irmã Vanessa que sempre me apoiou independente de qualquer outra coisa. As minhas amigas e colegas de todas as manhãs, que estiveram comigo tanto nas horas difíceis quanto nas alegres e divertidas. Ao Juninho pela compreensão e apoio durante todo o curso. A todos os meus familiares e amigos, nos quais sempre busquei amparo. E a todos que de alguma forma me deram forças para que eu prosseguisse em busca desse objetivo.

AGRADECIMENTOS

Agradeço em primeiro lugar a Deus porque sem Ele nada disso seria possível. A todos os professores, chefes e colegas de estágio que contribuíram para o meu enriquecimento acadêmico; e em especial ao professor Leonardo Roscoe Bessa, pela fundamental participação na elaboração deste trabalho.
Muito Obrigada.

“Do direito individual todos os indivíduos são credores contra o Estado, no respeito que este lhes deve”.

Ruy Barbosa

RESUMO

A lei nº 8.009/90 dispõe acerca do instituto da impenhorabilidade do bem de família legal e estabelece, em seu artigo 3º, hipóteses sobre as quais a lei não poderá incidir, casos estes em que a penhora do imóvel residencial será permitida para que determinadas obrigações possam ser cumpridas. A Lei 8.245/91, conhecida como Lei do Inquilinato, acrescentou posteriormente o inciso VII ao artigo 3º da Lei 8.009/90, o qual traz a possibilidade da penhora do bem de família legal de um fiador em contratos de locação nos quais o afiançado não cumpre com o pagamento da prestação devida. A presente monografia se concentra em torno desse dispositivo. Apesar de passado muito tempo após a edição da lei, doutrina e jurisprudência ainda divergem opinião quanto à constitucionalidade de tal dispositivo de lei. A questão se tornou ainda mais acentuada quando a Emenda Constitucional nº 26 de 14.2.2000, que acresceu o direito à moradia na lista dos direitos sociais presentes no artigo 6º da nossa Carta Magna foi promulgada.

Palavras-Chaves: Impenhorabilidade. Bem de Família. Fiador. Contrato. Locação. Direito à Moradia. Direito Social. Constitucionalidade.

SUMÁRIO

INTRODUÇÃO	8
1 CONTRATO DE FIANÇA.....	10
1.1 Dos contratos.....	10
1.1.1 Conceito	10
1.1.2 Função Social.....	12
1.1.3 Requisitos.....	14
1.2 A Fiança.....	15
1.2.1 Conceito	15
1.2.2 Requisitos.....	18
1.2.3 Extinção da Fiança.....	20
1.2.4 Efeitos da Fiança.....	21
1.2.5 A Fiança enquanto garantia pessoal.....	22
1.2.6 Conceito de Garantia Pessoal.....	23
1.2.7 Diferenças entre Garantia Real e Garantia Pessoal	24
2 BEM DE FAMÍLIA.....	25
2.1 Conceito	25
2.2 Desenvolvimento Histórico	28
2.3 Natureza Jurídica	29
2.4 Finalidade.....	30
2.5 Função Social da Propriedade.....	31
2.5.1 A influência da igreja na Doutrina da Função Social	32
3 A IMPOSSIBILIDADE DE PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DA LOCAÇÃO	34
3.1 Dos Direitos Fundamentais.....	34
3.2 A Moradia como Direito Fundamental	35
3.3 Do artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90.....	36
3.4 Da Inconstitucionalidade do Dispositivo	38
CONCLUSÃO	49
REFERÊNCIAS	51

INTRODUÇÃO

O presente trabalho tem por intuito principal analisar a exceção prevista no artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8.009/90, que mostra ser possível que o bem de família legal do fiador seja penhorado nos casos de obrigação decorrente de fiança prestada em contratos de locação.

Com a análise do assunto, pode-se perceber que o fiador, que é apenas um garante da obrigação principal, não poderá ser beneficiado pela impenhorabilidade prevista em lei, podendo ver o único imóvel de sua família ser executado para garantir a dívida que não foi paga pelo locatário, devedor principal.

O tema que será abordado neste estudo gera grande polêmica no mundo jurídico e já foi objeto de relevantes decisões na jurisprudência brasileira.

O Supremo Tribunal Federal se posiciona pela constitucionalidade da penhora do bem de família legal de um fiador de um contrato de locação. Essa matéria, todavia, não é pacífica na doutrina, sendo que vários autores se divergem do entendimento do Supremo. É possível também ver julgados de Tribunais Estaduais que decidem pela não possibilidade da penhora do bem de família do fiador.

A Lei 8.009/90, quando institui o bem de família e proíbe que possa ser penhorado imóvel próprio de uma entidade familiar, pretende desempenhar a proteção necessária que o Estado deve dar à família. É um tema de elevada relevância social, que trata da entidade familiar, que é a base da sociedade, estando por isso protegida pela Constituição Federal. O instituto da impenhorabilidade foi inserido com o fito de assegurar o mínimo necessário para a existência sólida de uma entidade familiar.

Com a chegada da Emenda Constitucional nº 26 de 14.2.2000, que ampliou o rol dos direitos sociais, acrescentando a eles o direito à moradia, o assunto se tornou ainda

mais polêmico, e trouxe dúvida entre operadores do direito acerca da recepção do artigo 3º, VII, da Lei 8.009/90 pela Constituição Federal.

Destarte, a presente monografia utiliza-se de um estudo bibliográfico vasto e apresenta questões acerca da impenhorabilidade do bem de família do fiador, mostrando opiniões que prezam pela constitucionalidade do dispositivo e também fundamentos de autores que se divergem, alegando que a norma encontra-se em desacordo com o Direito Constitucional.

Para que o assunto possa ser compreendido de uma melhor forma, é necessário que antes que se adentre ao problema central do trabalho, sejam analisados pontos paralelos e conceituais, de suma importância para que se possa compreender o tema.

O primeiro capítulo aborda uma síntese do conceito de contrato, os requisitos, a função social destinada ao instituto, além de princípios que norteiam qualquer relação contratual. Será trabalhado também o contrato de fiança e suas peculiaridades, a fiança enquanto garantia pessoal e as diferenças observadas entre garantia real e pessoal.

O segundo capítulo foca no instituto do bem de família, estudando seu desenvolvimento histórico, o conceito, a sua natureza jurídica, a sua finalidade, e, ainda, discorrerá acerca da função social da propriedade.

No último capítulo, será analisado o problema em tela, qual seja o direito à moradia e (im) possibilidade da penhora do bem de família do fiador de um contrato de locação. Por fim, será apresentada a conclusão tirada ao longo do estudo e as referências bibliográficas utilizadas para o desenvolvimento do trabalho.

Em suma, o presente estudo foi focado na questão da proteção da família defendendo-se a impossibilidade de penhora de seu único imóvel, baseando-se em uma análise do artigo 3º, VII, da Lei 8.009/90 à luz dos princípios constitucionais relacionados ao caso.

1 CONTRATO DE FIANÇA

1.1 Dos contratos

1.1.1 Conceito

Existem três fontes de obrigações, que são contratos, declarações unilaterais de vontade e atos ilícitos. Pode ser adicionada a elas uma quarta, a lei, que é a fonte primária e única de todas as obrigações. Assim, obrigações decorrentes de contrato são obrigações decorrentes de lei, porque a lei disciplina, sanciona e garante os contratos, por isso eles são reconhecidos.¹

O Direito Romano entendia que não existia contrato sem a existência de um elemento material, uma exteriorização da forma, fundamental na obrigação. O contrato gerava obrigações, vinculava as partes quando celebrado com observância estrita ao ritual, sem o contrato não haveria direito. No Direito Romano, a obrigação tinha um caráter personalíssimo e a ligação era estabelecida pela pessoa dos contratantes, prendendo-os e sujeitando seus próprios corpos. Só mais tarde foi possível passar a execução que incidia sobre a pessoa do devedor para seus bens, mas mesmo assim sobreviveu no sistema o sentido personalíssimo.²

Segundo a definição romana de contrato, pode-se entender que este era um instrumento de mútuo consenso de duas ou mais pessoas sobre o mesmo objeto.³

O Código Civil brasileiro não se preocupou em definir o contrato, como o código francês e o argentino. Definir é uma função que compete aos doutrinadores e não ao legislador. Assim, é importante para compreensão do tema verificar algumas definições doutrinárias.

Contrato pressupõe a intervenção de duas ou mais pessoas, que se colocam de acordo à respeito de determinada coisa, sendo, portanto, um negócio jurídico bilateral. Sem

¹ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito das obrigações** - 2ª parte. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. V, p. 3.

² PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. III, p. 7.

³ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Op.cit.*, p. 4.

o concurso de duas pessoas não é possível surgir um contrato, não se podendo admitir que uma pessoa seja credor e devedor ao mesmo tempo. Contrato é um negócio jurídico que tem um acordo de vontades e tem por finalidade criar, modificar ou extinguir um direito.⁴

Ainda sobre a mesma visão, mas em outras palavras, contrato é um negócio jurídico bilateral que exige o consentimento e a conformidade com a ordem legal, é um acordo de vontades na conformidade da lei, com a finalidade de adquirir, resguardar, transferir, conservar, modificar e extinguir direitos. Caio Mário Pereira da Silva define contrato de um modo mais sucinto ainda, como um acordo de vontades que tem a finalidade de produzir efeitos jurídicos.⁵

Washington de Barros Monteiro define essa obrigação como uma relação jurídica de caráter transitório, estabelecida entre devedor e credor e cujo objetivo consiste numa prestação pessoal econômica, positiva ou negativa, devida pelo primeiro ao segundo, garantindo-lhe o adimplemento através de seu patrimônio.⁶

Na visão de Maria Helena Diniz, pode-se definir contrato como “o acordo de duas ou mais vontades, na conformidade da ordem jurídica, destinado a estabelecer uma regulamentação de interesses entre as partes, com o escopo de adquirir, modificar ou extinguir relações jurídicas de natureza patrimonial”.⁷

Embora o aspecto contratual de muitas relações jurídicas se estabeleça mediante o acordo de vontades e fora do terreno patrimonial, uma boa parte da doutrina, incluindo Silvio Rodrigues, limita o conceito de contrato em sentido estrito, aos ajustes que constituam, regulem ou extingam relações patrimoniais⁸. Esse é um conceito pacífico e sem questionamentos na doutrina brasileira.

⁴ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito das obrigações** - 2ª parte. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. V, p. 4-5.

⁵ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. III, p. 7.

⁶ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil: direitos das obrigações**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1979, p. 14.

⁷ DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000, p. 770.

⁸ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. III, p. 10.

1.1.2 Função Social

Em Roma, mesmo levando-se em conta o rigorismo formal, não existiam embaraços ou dificuldades à celebração do contrato. A sociedade romana, adiantada como era, já vivia no mundo do contrato. Ainda hoje, a complexidade da vida econômica ocidental adota a complexidade dos numerosos contratos com poucas alterações.⁹

Com o passar do tempo e com o desenvolvimento social, a função do contrato foi se ampliando. Qualquer indivíduo é capaz de contratar. O contrato proporciona a subsistência de todo o mundo atual, sem ele, a vida da forma como é tida hoje, não poderia existir, e regrediria aos tempos primários.¹⁰

Nem mesmo nos regimes socialistas foi possível adotar uma forma de vida sem contratos. Na União Soviética os contratos sobreviveram no regime público, onde o contrato era adotado como um fator psicológico e moral; e no regime privado da economia, no qual a função social do contrato é a mesma que acompanha os regimes capitalistas.¹¹

Assim, o atual Código Civil brasileiro, em seu artigo 421, estabelece que “a liberdade de contratar será exercida em razão e nos limites da função social do contrato”.

Nesse artigo o legislador atentou para a função social do contrato de uma forma mais moderna, na qual não somente atende aos interesses das partes contratantes, mas também serve como um fator de alteração da realidade social. Essa acepção mais moderna desafia a concepção clássica de que os contratantes podem fazer o que quiserem no contrato uma vez que estão exercendo a autonomia da vontade.¹²

A limitação da autonomia da vontade quando essa autonomia confronte um interesse social que deva prevalecer é uma função social da propriedade. Na busca dos interesses particulares as partes não podem prejudicar os interesses metaindividuais.¹³

⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. III, p. 10-11.

¹⁰ Ibidem, p. 11.

¹¹ Ibidem, p. 11.

¹² Ibidem, p. 13-14.

¹³ Ibidem, p. 13.

Os princípios clássicos, quais sejam: autonomia da vontade, força obrigatória, intangibilidade do seu conteúdo e relatividade dos seus efeitos se agregam ao princípio moderno da função social do contrato.¹⁴

A função social do contrato é um princípio jurídico de conteúdo indeterminado com o precípua efeito de impor limites à liberdade de contratar em prol do bem comum uma vez que o contrato é considerado um instrumento de circulação de riquezas e também fator de desenvolvimento social, pois sem ele a economia se estagnaria levando a sociedade a estágios menos evoluídos de civilização humana.¹⁵

O contrato exerce uma função e apresenta o conteúdo de ser o centro da vida dos negócios. É um instrumento prático que tem a função de harmonizar interesses que não são coincidentes. A instituição jurídica do contrato é um reflexo da instituição jurídica da propriedade. O desenvolvimento do comércio só foi possível em virtude do aperfeiçoamento do contrato já que o contrato é elemento imprescindível à circulação de bens.¹⁶

Para Caio Mário da Silva Pereira, a função social do contrato é uma forma de limitar a autonomia da vontade quando ela esteja em confronto com o interesse social e este deva prevalecer, mesmo que essa limitação atinja a própria vontade de contratar, possibilitando que terceiros atingidos direta ou indiretamente possam influir no contrato.¹⁷

Concluindo-se, o cumprimento da função social dos contratos deve ser visto sob dois aspectos: um, individual, relativo aos contratantes, que se valem do contrato para satisfazer seus interesses, e outro, público, que é o interesse da coletividade sobre o contrato.¹⁸

¹⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. III, p. 14.

¹⁵ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil: contratos**. São Paulo: Saraiva, 2005, p. 51-54.

¹⁶ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. III, p. 11.

¹⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op.cit., p. 13.

¹⁸ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 6.

1.1.3 Requisitos

Cabe salientar que, de acordo com o artigo 104 do atual Código Civil, para que seja válido o contrato é necessário que se tenha agente capaz, objeto lícito, possível, determinado ou determinável e forma prescrita ou não defesa em lei.

Os contratos devem ter como elementos constitutivos a vontade manifestada por meio de declaração, o objeto idôneo e a forma. Um fator novo no conceito de contrato é a coincidência de vontades, ou seja, um acordo entre duas ou mais pessoas capazes de celebrar um contrato. Como o contrato tem um caráter sinalagmático, é importante a existência da manifestação de vontade de duas ou mais pessoas. O que se revela básico é a pluralidade de vontades, não havendo a necessidade de que essas vontades sejam sempre antagônicas.¹⁹

A inobservância dos requisitos do contrato, assim como todo negócio jurídico, gera a sua ineficácia.²⁰

De acordo com Caio Mário da Silva Pereira²¹, existem requisitos gerais, aos quais se submetem todos os atos negociais e requisitos específicos, que dizem respeito somente aos contratos. Os requisitos específicos podem ser divididos em subjetivos, objetivos e formais.

Dentro dos requisitos subjetivos observa-se²²:

- a) capacidade das partes, que é a capacidade genérica dos contratantes para atingir atos da vida civil, na qual se exige que nenhuma das partes seja portadora de inaptidão específica para contratar. A inobservância desse requisito gera nulidade, quando a incapacidade for absoluta, e anulabilidade, quando for relativa;
- b) consentimento, que abrange acordo sobre a existência e natureza do contrato, sobre o objeto do contrato e sobre as cláusulas que o compõe.

¹⁹ RODRIGUES, Silvio. **Direito civil**: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. III, p. 13.

²⁰ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: contratos. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. III, p. 30.

²¹ Ibidem, p. 30-31.

²² Ibidem, p. 30-31

Esse consentimento é um acordo de vontades que deve ser espontâneo e livre, sua manifestação pode se dar de forma expressa e tácita.

Dentre os requisitos objetivos veja-se²³:

- a) a possibilidade, o objeto de determinado negócio jurídico deve ser possível, sob pena de nulidade física, quando emana de leis físicas e naturais e nulidade absoluta e jurídica, quando proibido expressamente por lei que sejam feitos negócios a respeito de determinada coisa esses não podem ser feitos;
- b) a licitude, o objeto não pode ser contrário à lei, moral e bons costumes;
- c) a determinação, o objeto tem que ser determinado ou determinável, ou seja, que possa vir a ser determinado posteriormente;
- d) a economicidade, o objeto do contrato deve ter valor econômico.

E, por fim, há o requisito de validade formal, que não tem importância senão em linha de exceção. Normalmente os contratos se celebram pelo simples acordo de vontades, independente de qualquer materialidade que as revistam. Quando a lei impõe obediência ao requisito da forma, o contrato deve seguir essa determinação para ser considerado válido.²⁴

1.2 A Fiança

1.2.1 Conceito

A expressão fiança deriva do verbo fiar, que significa confiar, originado do latim *fidere*. Esse instituto normalmente é empregado entre pessoas que possuem mútua

²³ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**, 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. III, p. 30-31.

²⁴ *Ibidem*, p. 30-31.

confiança entre si, devido ao desmedido comprometimento que é dispensado por parte do fiador.²⁵

A caução é uma garantia pessoal ou fidejussória representada pela fiança que tem como finalidade suprir eventual falta de patrimônio por parte do devedor dando uma segurança maior de pagamento ao credor.²⁶

No gênero caução ou garantia compreende-se todo negócio jurídico que tem como objetivo oferecer ao credor uma segurança de pagamento, além da garantia que está situada no patrimônio do devedor. Existe a garantia real, em que fica estabelecido um ônus sobre a própria coisa, e a garantia pessoal, que pode ser fiança convencional, resultante de um acordo livremente ajustado, sendo fiança legal, que emana do comando da lei, ou fiança judicial, que provém de imposição do juiz. A espécie que interessa ao presente caso e está estabelecida no Código Civil é a fiança convencional.²⁷

O artigo 818 do atual Código Civil estabelece que “pelo contrato de fiança, uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor, caso este não a cumpra”.

Nas palavras de Sílvio de Salvo Venosa:

Pelo contrato de fiança estabelece-se obrigação acessória de garantia ao cumprimento de outra obrigação. [...] Na fiança, existe a responsabilidade, mas não existe o débito. [...] O fiador garante o débito de outrem, colocando seu patrimônio para lastrear a obrigação, o titular do débito garantido é um terceiro. A fiança é espécie no gênero denominado caução.²⁸

Para Antônio Luiz Seabra²⁹, o nome fiança vem do latim *fidere* e significa confiar. É um contrato acessório no qual uma das partes denominada fiador se obriga a garantir que uma obrigação principal do afiançado venha se cumprir. Para ele, o contrato de

²⁵ COELHO, José Fernando Lutz. **O contrato de fiança e sua exoneração da locação**. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2002, p. 21.

²⁶ GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro: contratos e atos unilaterais**. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 524.

²⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, vol. III, p. 493.

²⁸ VENOSA, Sílvio de Salvo. **Direito civil: contratos em espécie**. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003, p. 419.

²⁹ SEABRA, Antonio Luiz Bandeira. **Fiança no novo código civil**. São Paulo: Vale do Mogi, 2004, p. 11.

fiança é um contrato baseado na confiança, uma vez que o fiador garante débito de outrem com o seu patrimônio.

O contrato de fiança envolve uma relação creditícia principal e uma relação acessória de garantia. Nessa segunda relação acessória, um terceiro, estranho à relação principal, assume a obrigação de pagar eventual dívida do devedor principal.³⁰

Para Washington Monteiro de Barros, a fiança é um contrato de garantia que tem o objetivo de assegurar o cumprimento de outra obrigação. Fiança é obrigação acessória que pressupõe a existência de outra obrigação principal.³¹

A fiança aumenta as possibilidades que o credor conta de receber a dívida, pois se o devedor não pagar o débito e o seu patrimônio for escasso para assegurar a execução, pode o credor reclamar o pagamento ao fiador.³²

O contrato em análise é também um contrato unilateral, uma vez que o fiador se obriga perante o credor. É também um contrato oneroso em relação ao credor e gratuito em relação do devedor, mas em alguns casos o afiançado pode remunerar o fiador pela fiança prestada.³³

A fiança é um contrato celebrado em função de uma confiança que é despendida ao fiador, sendo por isso um contrato personalíssimo.³⁴

Esse contrato também tem como característica a subsidiariedade, que significa que o fiador só é obrigado a pagar uma prestação devida caso o devedor principal não venha a cumpri-la, tendo por exceção os casos em que é estipulada a solidariedade, passando o fiador a co-devedor. Assim, o fiador possui o benefício de ordem, só sendo chamado a cumprir o contrato se o devedor principal for executado primeiro e não tiver bens suficientes a adimplir o contrato. Atualmente os credores estão incluindo uma cláusula no

³⁰ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 4.

³¹ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito das obrigações - 2ª parte**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 396.

³² RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. III, p. 355.

³³ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. *Op.cit.*, p. 396.

³⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003, p. 494.

contrato de locação que exige que o fiador se obrigue como devedor principal, renunciando assim a tal benefício.³⁵

1.2.2 Requisitos

É imprescindível para o contrato de fiança a existência de três sujeitos: credor devedor principal e fiador, mesmo que a garantia fidejussória ocorra entre credor e fiador, o contrato principal se aperfeiçoa entre credor e afiançado.³⁶

Segundo Caio Mário³⁷, os requisitos exigidos para validade do contrato de fiança oferecem poucas peculiaridades, podem ser:

- a) Subjetivos, no qual basta a capacidade genérica, quem não a tem para contratar não pode afiançar. Antigamente as mulheres eram proibidas de prestar fiança. Hoje, se a mulher ou o marido quiser prestar fiança durante a vigência da sociedade conjugal, precisam de outorga uxória, a não ser que sejam casados pelo regime da separação absoluta. Isso se encontra presente no artigo 1647, inciso III, do atual Código Civil. Existem também outras restrições que envolvem pessoas em razão de ofício ou função, como por exemplo, agentes fiscais, leiloeiros, tutores ou curadores; ou atingindo entidades públicas, como por exemplo, governador que não pode prestar fiança sem autorização; as autarquias não podem ser fiadoras; ou unidades militares em favor de oficiais e praças que a compõe. Outras são de ordem convencional, como em contratos constitutivos de sociedades.

A fiança dada por um cônjuge deve ter anuência do outro sob pena de nulidade, e esta nulidade é relativa, vez que admite suprimimento judicial e retificação.³⁸

³⁵ DINIZ, Maria Helena. **Direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 540.

³⁶ COELHO, José Fernando Lutz. **O contrato de fiança e sua exoneração da locação**. Porto Alegre: Livraria do advogado, 2002. P.21.

³⁷ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 495-499

³⁸ SEABRA, Antonio Luiz Bandeira. **Fiança no novo código civil**. São Paulo: Vale do Mogi, 2004, p. 33-34.

É discutível a necessidade de anuência do companheiro ou companheira do fiador, uma vez que a Constituição Federal de 1988 estabeleceu uma relação de equivalência entre a união estável e o casamento no que concerne aos seus efeitos. Assim, o companheiro teria interesse na prestação da fiança pelo outro, mas seria muito difícil o controle por parte do credor e de terceiros interessados na prática.³⁹

- b) Objetivos, no qual se observa que a fiança pode ser dada a toda e qualquer espécie de obrigação, legal ou convencional, e de qualquer natureza, de dar, de fazer ou de não fazer. A eficácia nesse caso depende da validade da obrigação principal.

O contrato de fiança tem que se constituir de forma escrita, qualquer outra forma, assim como a verbal, será considerada inválida. Considera-se inexistente a forma oral, se o contrato for assim celebrado.⁴⁰

A fiança jamais poderá ser presumida, para que uma pessoa assegure obrigação de outrem é preciso que o ato seja expresso, formal e que a responsabilidade contraída seja explícita no ato formal. O fiador só responde expressamente por aquilo que é consignado no instrumento, caso haja alguma dúvida em relação ao contrato, ela é resolvida em favor do fiador.⁴¹

A fiança não se estende de pessoa para pessoa e nem se prolonga através do tempo. A fiança é um contrato restrito entre fiador e credor, não estando presente a figura do devedor, por isso, a fiança pode ser estipulada sem o conhecimento do devedor ou contra a sua vontade.⁴²

³⁹ COELHO, José Fernando Lutz. **O contrato de fiança e sua exoneração da locação**. Porto Alegre. Livraria do Advogado, 2002, p. 29.

⁴⁰ SEABRA, Antonio Luiz Bandeira. **Fiança no novo código civil**. São Paulo: Vale do Mogi, 2004, p. 12.

⁴¹ MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito das obrigações - 2ª parte**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 398.

⁴² Ibidem, p. 399.

Outra condição inerente a este pacto é a aceitação do credor, pois ele precisa ter uma certeza de que receberá seu crédito. Um credor jamais concordará em celebrar um contrato que tenha fiador inidôneo, incapaz de solver o débito.⁴³

Via de regra, o contrato de fiança é feito para obrigações atuais, mas nada impede que tenha por objeto dívidas futuras, dependendo a sua exigibilidade que essas obrigações sejam certas e líquidas. Não se trata de fiança condicional, a sua eficácia está subordinada ao nascimento da obrigação afiançada pelo princípio da acessoriedade.⁴⁴

1.2.3 Extinção da Fiança

Exoneração significa descarregar-se, livrar-se. No direito representa a liberação de uma obrigação ou encargo. No contrato de fiança, como é um contrato unilateral, a exoneração significa descarregar o fiador dos encargos contratuais.⁴⁵

A fiança pode cessar por três causas: fato do fiador, fato de credor e extinção da obrigação garantida.⁴⁶

Na fiança entende-se a exoneração por fato do fiador como o despojamento dele da condição de garante. A fiança é ato benéfico e desinteressado. Portanto, na fiança por prazo indeterminado, se o fiador não mais se interessa em ficar na obrigação, nada obsta que ele se desfaça dessa, vez que livremente tomou para si, livremente poderá se desfazer. Nesse caso, ele pode livremente se desfazer do contrato e caso o credor não reconheça esse direito, o fiador poderá pedir nas vias judiciais, assim permanecerá na obrigação por mais sessenta dias de acordo com o artigo 835 do Código Civil brasileiro de 2002⁴⁷. O Superior Tribunal de Justiça reconhece essa possibilidade em casos que não há cláusula de duração.

Na fiança por prazo determinado, o fiador não poderá se exonerar enquanto não cumprido o lapso temporal, salvo se outras forem as causas de extinção.⁴⁸

⁴³ COELHO, José Fernando Lutz. **O contrato de fiança e sua exoneração da locação**. Porto Alegre. Livraria do advogado. 2002, p. 28.

⁴⁴ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de Direito Civil: contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 496.

⁴⁵ COELHO, José Fernando Lutz. Op.cit., p. 59.

⁴⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op.cit., p. 502.

⁴⁷ SEABRA, Antonio Luiz Bandeira. **Fiança no novo código civil**. São Paulo: Vale do Mogi, 2004, p. 56.

⁴⁸ Ibidem, p. 55.

No caso de cessar a fiança por fato do credor, entende-se que o credor tem o direito de cobrar do fiador a dívida garantida, mas não pode agravar-lhe a situação, sob pena de extinguir a garantia. Assim exonera-se o fiador sendo ele solidário ou principal pagador. Existem quatro casos que pode ocorrer: a) se o credor conceder moratória ao devedor, prorrogando o prazo além do vencimento sem a anuência do fiador, b) se impossibilitar a sub-rogação do fiador nos seus direitos creditórios e preferências, c) se receber dação em pagamento do devedor, pois receber coisa diversa da devida extingue a obrigação, d) o retardamento do credor na execução, se nomeados os bens livres e desembaraçados do afiançado, a ação sofrer retardamento e o devedor cair em insolvência, desonera-se o fiador provando-se que os bens eram suficientes para cumprir a obrigação ao tempo da penhora.⁴⁹

No caso de fiança por extinção da obrigação garantida, a fiança se extingue naturalmente pelo cumprimento da obrigação principal, seja pelo devedor ou pelo fiador. No caso de fiança acessória, a extinção se dá quando a obrigação desaparece por pagamento ou por outro meio qualquer de causa extintiva sem pagamento. A fiança pode se extinguir quando se expira o prazo contratual.⁵⁰

1.2.4 Efeitos da Fiança

Segundo entendimento de Maria Helena Diniz e de outros autores, os efeitos jurídicos produzidos pela fiança devem ser analisados nas relações entre credor e fiador e nas relações entre devedor afiançado e fiador.⁵¹

Na relação entre fiador e credor, o credor tem o direito de exigir do fiador a dívida garantida. Tem-se no caso a figura do benefício de ordem, no qual o fiador pode exigir até a contestação da lide, que os bens do devedor sejam executados primeiro, assim, o fiador deve nomear os bens do credor, situados no mesmo município, livres e desembaraçados, que suportem a restrição do débito. O benefício de ordem poderá ser recusado se não forem observados os requisitos para sua concessão, se o fiador tiver renunciado expressamente a ele,

⁴⁹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 502-503.

⁵⁰ SEABRA, Antonio Luiz Bandeira. **Fiança no novo código civil**. São Paulo: Vale do Mogi, 2004, p. 69.

⁵¹ DINIZ, Maria Helena. **Curso de direito civil brasileiro: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais**. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, p. 509.

se houver se declarado solidário ou principal pagador, se for aberta a falência do devedor ou contra ele instaurado concurso de credores.⁵²

Pode acontecer também de um mesmo débito ter uma pluralidade de fiadores, assim eles se presumem solidários e cada um responderá *pro rata*, segundo o artigo 829 do Código Civil de 2002. Poderá também a convenção determinar a parte da dívida de cada um, então o credor poderá exigir de cada fiador somente a quota que lhe diz respeito. Mas, na relação entre os co-fiadores a regra é da divisão, cabendo ao solvente da dívida inteira demandar os co-fiadores de suas partes. E se algum for insolvente, partilha-se entre os demais sua quota parte.⁵³

Na relação entre fiador e devedor, o fiador que paga sub-roga-se na qualidade creditória, e pode exigir do devedor que o reembolse do que pagou com juros. O devedor responde ainda pelas perdas e danos que o fiador pagar e pelos prejuízos que este sofrer. Para que tenha direito a sub rogação, deve pagar integralmente a dívida.⁵⁴

Os herdeiros do fiador falecido, respondem pelas obrigações decorrentes da fiança até aquela data, só podendo ser demandados dentro das forças da herança e nada mais. As responsabilidades que surgirem após o óbito, mesmo que garantidas não podem atingir os sucessores.⁵⁵

1.2.5 A Fiança enquanto garantia pessoal

Toda obrigação deve ser cumprida e o credor deve tomar providências para garantir que a finalidade se cumpra. Algumas vezes não é suficiente para garantir o cumprimento da obrigação a idoneidade do devedor, é preciso, também, patrimônio suficiente e, ainda assim, podem ocorrer algumas causas que diminuam o patrimônio do devedor fazendo-o cair em insolvência, surgindo a impossibilidade de liquidar a obrigação. O instituto da fiança foi criado a fim de evitar essa situação de risco e garantir o adimplemento da obrigação.⁵⁶

⁵²PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 499-500.

⁵³Ibidem, p. 500.

⁵⁴Ibidem, p. 501.

⁵⁵Ibidem, p. 502.

⁵⁶SEABRA, Antonio Luiz Bandeira. **Fiança no novo código civil**. São Paulo: Vale do Mogi, 2004, p. 11-13.

Existem três modalidades de fiança, quais sejam: civil, comercial e criminal. A modalidade mais utilizada é a fiança locatícia, modalidade de garantia dos contratos de locação imobiliária. Nessa modalidade uma obrigação originária é reforçada por outra, assumida por terceiro, sendo por isso considerada uma garantia pessoal, que na lei anterior era denominada garantia fidejussória.⁵⁷

O gênero caução ou garantia pode realizar-se mediante a segurança de pagamento oferecida por um terceiro que seja estranho à relação obrigatória, que se compromete a solver o débito, nascendo assim uma garantia pessoal ou fidejussória. A garantia pessoal da fiança pode ser definida como “o contrato por via do qual uma pessoa garante satisfazer ao credor uma obrigação assumida pelo devedor caso este não a cumpra”.⁵⁸

1.2.6 Conceito de Garantia Pessoal

Pode-se verificar a existência de duas garantias no direito brasileiro: a primeira, de caráter pessoal, que se dá quando um terceira pessoa se obriga, por meio de fiança, a solver débito que não foi pago pelo devedor principal, e a segunda, de natureza real, pela qual o próprio devedor ou alguém que faça isso por ele ofereça todo ou parte de seu patrimônio para assegurar o cumprimento de uma obrigação contraída.⁵⁹

A garantia é pessoal quando a obrigação originária é reforçada por outra, assumida por terceiro, passando a haver duas obrigações: a principal e a fidejussória.⁶⁰

A garantia pessoal ou fidejussória é a segurança de pagamento oferecida por um terceiro estranho à relação obrigatória principal. Esse terceiro se responsabiliza pela solução da dívida caso o devedor deixe de fazê-lo.⁶¹

Assim, pode-se concluir que essa espécie de garantia é tida como pessoal por ser fundada em pessoa, estando nesta a segurança do credor de que a obrigação principal, se não for cumprida pelo devedor, será pela pessoa que o assegurou.

⁵⁷ SEABRA, Antonio Luiz Bandeira. **Fiança no novo código civil**. São Paulo: Vale do Mogi, 2004, p. 11.

⁵⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil: contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, p. 493.

⁵⁹ MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil 3**. São Paulo, 2009, p. 394.

⁶⁰ GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002, p. 435.

⁶¹ PEREIRA, Caio Mário da Silva. Op.cit., p. 493.

1.2.7 Diferenças entre Garantia Real e Garantia Pessoal

No direito antigo, o instituto da garantia real era desconhecido, o devedor sempre respondia com o seu próprio corpo ou de seus familiares, as coisas não eram utilizadas para garantir o direito dos credores. Eram provocadas injustiças dos credores contra os devedores e chegou-se a conclusão que o patrimônio do devedor poderia fornecer elementos para garantir o crédito. Assim surgiu a garantia real.⁶²

A diferença entre garantia real e pessoal é que a garantia pessoal incide sobre todo o patrimônio de quem a presta, uma vez que a garantia real tem lugar ao se vincular a um bem ou a uma obrigação.⁶³

Segundo Sílvio Rodrigues:

A fiança é uma espécie do gênero garantia. A garantia pode ser real, e ela o é quando o devedor fornece um bem móvel ou imóvel para responder, preferencialmente, pelo resgate da dívida, como na hipótese do penhor ou da hipoteca, ou pode ser pessoal, como quando terceira pessoa se propõe a pagar a dívida do devedor, se este o não fizer.⁶⁴

Na garantia pessoal, um terceiro se responsabiliza por garantir uma obrigação na falta do devedor para cumpri-la, já na garantia real somente a coisa gravada com esse ônus poderá responder pela obrigação contraída.

⁶² ARAGÃO NETO, Orlando. **O penhor no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Andamentos, 2002, p. 84.

⁶³ BESSONE, Darcy. **Direitos reais**. São Paulo: Saraiva, 1988, p. 366-367.

⁶⁴ RODRIGUES, Sílvio. **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. São Paulo: Saraiva, 1991, p. 396.

2 BEM DE FAMÍLIA

2.1 Conceito

O bem de família hoje já está regulamentado na legislação de várias nações. Esse instituto jurídico existe em defesa da instituição da família, devendo ser estudado com atenção e com especiais cuidados de tratamento científico. O bem de família é uma das importantes conquistas sociais do século.⁶⁵

Para o Código Civil revogado, o bem de família era um ato jurídico em que o casal, ou em que um cônjuge, na falta do outro, reservava mediante ato formal, imóvel de seu patrimônio para residência de sua família, e este se torna imune de apreensão por dívida pessoal, desde que não seja assumida anteriormente.⁶⁶

Segundo Ricardo Arcoverde Creide⁶⁷ o bem de família pode ser definido como:

o direito de imunidade relativa à apreensão judicial, que se estabelece, havendo cônjuges ou entidade familiar, primeiro por força de lei e em alguns casos ainda por manifestação de vontade, sobre imóvel urbano ou rural, de domínio e/ou posse de integrante, residência efetiva desse grupo, que alcança ainda os bens móveis quitados que a guarneçam, ou somente esses em prédio que não seja próprio, além das pertencas e alfaías, e eventuais valores mobiliários afetados e suas rendas.

Atualmente pode-se perceber a existência de duas categorias distintas de bem de família, quais sejam: o voluntário, que é decorrente da vontade dos interessados, previsto no Código Civil, e o involuntário ou legal, previsto na lei 8.009/90, que não depende da vontade do instituidor, sendo resultado de estipulação legal.⁶⁸

O conceito do bem de família voluntário está inserido no Livro IV – Do Direito de Família, Título II, Subtítulo IV do atual Código Civil.

⁶⁵ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**: com comentários à lei 8.009/90. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 21.

⁶⁶ CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de família**: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 20.

⁶⁷ Ibidem, p. 4.

⁶⁸ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**: direito de família. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005, p. 557.

O bem de família estava presente nos artigos 70 a 73 do Código Civil de 1916. O artigo 70 estabelecia que: “É permitido aos chefes de família destinar um prédio para domicílio desta, com a cláusula de ficar isento de execução por dívidas, salvo as que provierem de impostos relativos ao mesmo prédio”. Já o seu parágrafo único falava sobre a duração do bem de família: “Essa isenção durará enquanto viverem os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade”.

O artigo 71 estabelecia um dos requisitos para a instituição do bem de família: “Para o exercício desse direito é necessário que os instituidores no ato da instituição não tenham dívidas, cujo pagamento possa ser por ele prejudicado”. E seu parágrafo único mostrava que a isenção referida no *caput* está relacionada somente às dívidas posteriores ao ato de instituição do bem de família, como se observa a seguir: “A isenção se refere a dívidas posteriores ao ato, e não às anteriores, se se verificar que a solução destas se tornou inexecutível em virtude do ato de instituição”.

Já o artigo 72 esclarecia a destinação específica para o bem de família: “O prédio, nas condições acima ditas, não poderá ter outro destino, ou ser alienado, sem o consentimento dos interessados e dos seus representantes legais”.

Por fim, em seu artigo 73, mostrava as formalidades para a instituição do bem de família, através de escritura pública transcrita no registro de imóveis, além de sua publicação na imprensa local: “A instituição deverá constar de escritura pública transcrita no registro de imóveis e publicada na imprensa local e, na falta desta, na da capital do Estado”.

Assim, a unidade familiar além da proteção legal do imóvel residencial e bens que o garante pode ser favorecida pela instituição voluntária de bem de família. Veja o entendimento de Marilene Silveira Guimarães, conforme palavras abaixo:

Concluindo, o novo Código Civil oferece aos integrantes da família ou a terceiros a liberdade de instituição de bem de família através da nomeação de uma residência ou de valores mobiliários e é abrangente em relação às dívidas, pois permite a penhora apenas daquelas decorrentes de tributos e condomínios do próprio imóvel, enquanto a Lei Processual 8009/90 impõe um maior número de exceções. Resta saber se o bem de família conforme o novo Código Civil será esquecido pela população como o foi na vigência do Código de 1916, ou se a população brasileira mais abonada e que possa indisponibilizar 1/3 de seu patrimônio líquido passará a usar essa

possibilidade jurídica ou preferirá a proteção garantida pela Lei nº 8009/90 que não coteja valores e por ser de ordem pública, protege a todos.⁶⁹

O bem de família voluntário só se aplica quando o dono de duas ou mais casas residenciais optar por uma delas para manter protegida e o fizer mediante escritura pública e registro posterior. Essa modalidade de bem de família só se institui mediante vontade e depende de registro imobiliário para sua validade perante terceiros.⁷⁰

Desde a Lei 8.009/90, o bem de família voluntário foi perdendo importância diante do obrigatório. Hoje, a modalidade facultativa é subsidiária à obrigatória. A modalidade involuntária, ou legal, de bem de família está definida na Lei nº 8.009, de 29 de março de 1990, em seu art. 1º:

Artigo 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelos cônjuges ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta lei.

Rubens Limongi França conceitua o citado instituto bem de família o define como “o imóvel urbano ou rural, destinado pelo chefe de família, ou com o consentimento deste, mediante escritura pública, a servir como domicílio da sociedade doméstica, com a cláusula de impenhorabilidade”.⁷¹

Já Álvaro Villaça Azevedo, ao discorrer sobre o instituto bem de família, diz que “é um meio de garantir um asilo à família, tornando-se o imóvel onde a mesma se instala domicílio impenhorável e inalienável, enquanto forem vivos os cônjuges e até que os filhos completem sua maioridade”.⁷²

Segundo Marcione Pereira dos Santos, o bem de família pode ser definido como:

Um fundo patrimonial, caracterizado por subtrair determinados valores previamente estipulados e atrelados ao imóvel destinado à instituição do bem

⁶⁹ GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Bem de família segundo o novo código civil**. Disponível em: <<http://www.intelligentiajuridica.com.br/>>. Acesso em: 14 jun. 2010, às 14:00 h.

⁷⁰ CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de família: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 7.

⁷¹ FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999, p. 106.

⁷² AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família: com comentários à lei 8.009/90**. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002, p. 93.

de família, tornando-os impenhoráveis e inalienáveis, visando assegurar um meio de renda destinada à conservação do próprio imóvel e ao sustento da família, nos moldes do *patrimonio familiare* da legislação italiana.⁷³

A doutrina consagrou a expressão bem de família legal para designar o bem de família decorrente da Lei 8.009/90, pelo qual o Estado outorga a todas as famílias, a impenhorabilidade sobre o imóvel que lhe sirva de residência. A vontade nesse caso é do Estado e não do particular, independe de ato constitutivo e não precisa ser registrado.⁷⁴

A moradia é uma das principais necessidades do ser humano, e jamais pode se nivelar aos bens suscetíveis de apreensão judicial para satisfazer créditos pecuniários. O bem de família atende a um interesse social.⁷⁵

O bem de família é a forma de afetação de um bem a uma finalidade. É como se fosse o direito de não retirar o imóvel no qual reside uma família. O instituto inibe a apreensão judicial do imóvel, móveis que sejam necessários e pagos, pertencas e valores mobiliários afetados aquele uso.⁷⁶

O bem de família é uma exceção ao princípio de que todo o patrimônio do devedor responde por suas dívidas frente aos credores, este é um princípio do direito das obrigações. Isso está explícito no artigo 391 do atual Código Civil que diz que “Pelo inadimplemento das obrigações respondem todos os bens do devedor”.

2.2 Desenvolvimento Histórico

Em nossa legislação anterior ao Código Civil não existia o bem de família. Segundo Clóvis Beviláqua⁷⁷, a inserção do bem de família em nossas normas civis veio a partir do Código de 1916.

⁷³ SANTOS, Marcione Pereira. **Bem de família**: voluntário e legal. São Paulo: Saraiva, 2003, p. 74.

⁷⁴ Ibidem, p. 151.

⁷⁵ CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de família**: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

⁷⁶ PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12. ed. Rio de Janeiro- São Paulo: Forense, 1991, p. 311.

⁷⁷ CREDIE, Ricardo Arcoverde. Op.cit., p. 13.

O bem de família foi inspirado no *homestead* norte-americano, mais precisamente na República do Texas, e não no Direito Romano.⁷⁸

O instituto *homestead* significa local de seu lar e pode ser explicado como uma pequena propriedade agrícola resguardada de penhora para que a família que nela reside possa viver tranquilamente, tornando produtiva a terra. É o imóvel destinado ao domicílio familiar, isento de penhora, em defesa da pequena propriedade.⁷⁹

O instituto do bem de família, originalmente criado no Texas, espalhou-se rapidamente por todo o território norte-americano, sendo acolhido pelos demais Estados e recepcionado por todas as legislações do mundo ocidental, passando a imperar a idéia de que o lar familiar merece estar salvo de penhora por dívidas.⁸⁰

Na República do Texas, pela Lei de 26.01.1839, cada família tinha direito a possuir livre de execuções, uma porção de terra rural com 50 hectares, ou um terreno urbano de valor nunca superior a 500 dólares.⁸¹

No Brasil, o instituto do bem de família seguiu a mesma tendência do direito norte americano, tendo como objetivo proteger o lar da família de qualquer penhora que viesse a acontecer após a sua implantação, além de tornar o bem inalienável, como um meio de perpetuar o bem da família, protegendo assim, o núcleo familiar.

Silvio Venosa ressalta que nos Estados Unidos o instituto, denominado *Homestead*, é a isenção de penhora sobre uma pequena propriedade, já em nosso país, o que está protegido pela lei é o amparo de moradia à família.⁸²

2.3 Natureza Jurídica

O bem de família é um direito que não pode se confundir com o imóvel residencial sobre o qual incide, o conceito de bem de família tem um caráter de acessoriedade,

⁷⁸ CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de família: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 13.

⁷⁹ MARMITT, Arnaldo. **Bem de família legal e convencional**. Rio de Janeiro: Aide, 1995. p. 17.

⁸⁰ CREDIE, Ricardo Arcoverde. *Op.cit.*, p. 13.

⁸¹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 93.

⁸² VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil: direito de família**. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005, p. 422.

com que se agrega à propriedade ou a posse residencial, se estiverem presentes os pressupostos previstos em lei para sua caracterização.⁸³

O bem de família é a afetação de um bem a uma finalidade, e esta afetação significa o estabelecimento de uma maneira de utilizar ou de dar determinada destinação a um bem, é um direito ou poder à não-excussão do imóvel onde reside a família ou a restrição ao direito de propriedade desse mesmo imóvel. O bem de família pode ser também uma exceção ao princípio do Direito das Obrigações de que todo o patrimônio do devedor responde sempre por suas dívidas perante terceiros.⁸⁴

Álvaro Villaça tem tese própria sobre o assunto. Defende a posição de que se trata de um patrimônio especial, que, apesar de não sair do patrimônio do instituidor, diferencia-se do restante do seu patrimônio pela sua função e pela regulamentação específica a que se sujeita.⁸⁵

Mariana Ribeiro Santiago, adverte: “não se confunda, no caso, patrimônio especial com patrimônio com afetação especial, como as fundações, pois estas têm personalidade jurídica por determinação legal expressa”.⁸⁶

2.4 Finalidade

O bem de família possui finalidade de caráter econômico e de sentido social e político que traduzem a preocupação do Estado em garantir a residência da família ou rendimentos aptos ao sustento desta.⁸⁷

Segundo Mariana Ribeiro Santiago:

A finalidade reconhecida ao bem de família hoje no Brasil é ser mais um meio de proteção da família, garantindo-lhe, por esse meio, um teto relativamente intocável. O instituto e sua finalidade estão de pleno acordo com o próprio art. 226, *caput*, da Constituição Federal de 1988, que eleva a

⁸³ CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de família: teoria e prática**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004, p. 5.

⁸⁴ Ibidem, p. 6.

⁸⁵ BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil comentado** in SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Bem de família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 369, 11 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5428>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

⁸⁶ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Bem de família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 369, 11 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5428>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

⁸⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 214.

família à condição de base da sociedade e merecedora de proteção especial do próprio Estado.⁸⁸

O bem de família visa a proteção da pequena propriedade urbana ou rural, e surgiu para abrigar a família de dissabores econômicos, para que ela não se visse privada de tudo que possui sem ter pelo ou menos um teto para moradia. O instituto apresenta a finalidade de visar diretamente a proteção da família sobre um teto relativamente intocável.⁸⁹

Ainda adverte que “embora não se mostre de boa técnica definir um instituto pela sua finalidade, vale ressaltar que é exatamente a finalidade do bem de família que o diferencia de outros bens impenhoráveis e inalienáveis”.⁹⁰

2.5 Função Social da Propriedade

Hoje em dia, percebe-se que a propriedade perdeu suas fortes características antigas e foi substituída por uma concepção mais humana e de maior conteúdo social. Atualmente, a propriedade visa uma maior proteção aos interesses e às necessidades comuns.⁹¹

Não se deve confundir função social com satisfação de um interesse público. Essa confusão foi comum durante algum tempo e até induzia ao pensamento de que o proprietário desempenhava uma função pública ao exercer seu direito. A função social da propriedade ocorre no equilíbrio entre o interesse público e privado. A função social da propriedade condiciona o exercício do direito à satisfação das exigências da sociedade como um todo, e não mais tolera o atendimento único e exclusivo aos interesses do proprietário. A função social da propriedade tem seu nascedouro na prevalência do interesse público sobre o particular.⁹²

⁸⁸ SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Bem de família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 369, 11 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5428>>. Acesso em: 14 jun. 2010

⁸⁹ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 113-115.

⁹⁰ Ibidem, p. 113-115.

⁹¹ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 68-69.

⁹² BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor urbano e função social da propriedade**. Curitiba: Juruá, 2005, p. 34.

A função social é um princípio inerente a todo direito subjetivo. Assim, o ordenamento jurídico só concederá legitimidade à persecução de um interesse individual se este for compatível com os anseios e interesses que atendem a sociedade em geral.⁹³

2.5.1 A influência da igreja na Doutrina da Função Social

É inegável a contribuição da Igreja na elaboração do conceito da função social da propriedade.

A doutrina da função social da propriedade foi exposta na doutrina social da Igreja Católica, expressa pelas encíclicas papais, inspiradas em ensinamentos de São Tomás de Aquino. Os positivistas também afirmaram a função social da propriedade no final do século XIX e início de século passado.⁹⁴

Essa concepção está expressa em diversas encíclicas papais como a *Rerum Novarum*, de Leão XIII; no *Quadragesimo Anno*, de Pio XI; na *Mater et Magistra*, de João XXIII; na Constituição Pastoral *Gaudium et Spes*, do Concílio do Vaticano II; e na *Populorum Progressio*, de Paulo VI.⁹⁵

A doutrina clássica do direito natural entende que a propriedade é um dos direitos naturais. A propriedade significa o direito que o homem tem de apropriar-se dos bens que são necessários para sua sobrevivência. A apropriação dos bens seria um direito natural do homem, em razão da natureza que Deus lhe deu.⁹⁶

O jusnaturalismo é inspirado em critérios de equidade e justiça e proclamou que a função social da propriedade é traduzida na necessidade de utilizar o bem enquanto instrumento para realizar a justiça divina. A doutrina da Igreja segue o direito natural a partir do século XIX, e Leão XIII, em 1891, afirma que a propriedade é um direito natural, inclusive a propriedade de bens de produção. A propriedade é uma garantia de liberdade e dignidade humana, bem como um instrumento de proteção da família para a doutrina social da Igreja. Afirma também que a propriedade tem uma função social, que não se limita apenas a satisfazer os interesses do proprietário, mas também de toda a sociedade. Assim seria o

⁹³ ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004, p. 28.

⁹⁴ CHEMERIS, Ivan. **A função social da propriedade**. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 49.

⁹⁵ MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005, p. 74.

⁹⁶ CHEMERIS, Ivan. Op.cit., p. 50.

proprietário uma espécie de procurador de toda a sociedade, para cuidar dos bens de seu interesse e também cuidas das necessidades sociais.⁹⁷

Para a doutrina da Igreja, a propriedade não é uma função social que está a serviço do Estado, pois ela é um direito pessoal que o próprio Estado deve proteger, mas tem uma função social que está submetida ao bem comum.⁹⁸

⁹⁷ CHEMERIS, Ivan. **A função social da propriedade**. São Leopoldo: Unisinos, 2002, p. 50.

⁹⁸ Ibidem, p. 52.

3 A IMPOSSIBILIDADE DE PENHORA DO BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR DA LOCAÇÃO

3.1 Dos Direitos Fundamentais

Os direitos fundamentais surgiram no final do século XVIII, com as declarações de direitos na França e nos Estados Unidos.⁹⁹

Os direitos e garantias fundamentais estão disciplinados no Título II da Constituição Federal de 1988 e abrangem os direitos e deveres individuais e coletivos, os direitos sociais, a nacionalidade, os direitos políticos e os partidos políticos.

Os direitos fundamentais caracterizam-se por serem históricos, pois seu conteúdo altera-se com o passar do tempo; inalienáveis, pois não são passíveis de valoração econômica; imprescritíveis, pois independente de não serem exercidos, serão sempre intocáveis; e irrenunciáveis, porque são direitos fundamentais da própria existência humana, e mesmo que se queira não será possível abrir mão de tais direitos.¹⁰⁰

Ao se pensar em direitos fundamentais deve-se saber que esses direitos se apresentam como um conjunto mínimo de direitos subjetivos essenciais para que uma pessoa tenha uma existência digna, ainda que o padrão de vida não seja o ideal. Deve-se buscar a efetivação do princípio da dignidade da pessoa humana previsto no artigo 1º, inciso III, da Constituição Federal.¹⁰¹

Os direitos fundamentais são aqueles que tem o objetivo de criar e manter as condições necessárias para uma vida na dignidade humana e podem ser definidos em uma concepção mais restrita como aqueles direitos que a lei vigente determina como fundamentais.¹⁰²

⁹⁹ RUSSO, Luciana. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, p. 89.

¹⁰⁰ Ibidem, p. 89.

¹⁰¹ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 51.

¹⁰² BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002, p. 514.

Carl Schmitt estabeleceu dois critérios do ponto de vista formal de caracterização dos direitos fundamentais. Para o primeiro critério são direitos fundamentais aqueles nomeados no instrumento constitucional. Para o segundo, direitos fundamentais são aqueles protegidos pela Constituição com grau mais elevado de segurança: ou são imutáveis ou pelo menos de mudança dificultada, somente podendo ser alterados mediante lei de emenda à Constituição. Já do ponto de vista material, Schmitt mostra que os direitos fundamentais variam conforme a modalidade e ideologia de cada Estado, conforme os valores e princípios que a Constituição consagra. Assim, pode-se entender que cada Estado possui seus direitos fundamentais.¹⁰³

Conforme concepção de Eliane Maria Barreiros Aina¹⁰⁴, a teoria dos direitos fundamentais “constitui-se em essencial fonte de recursos jurídicos na realização e concretização dos objetivos constitucionais de justiça social, através da busca e erradicação da pobreza e das desigualdades sociais”. Segundo a autora, os direitos fundamentais são entendidos como um grupo mínimo de direitos que são considerados essenciais para que um indivíduo do mundo atual viva com um padrão mínimo de dignidade, mesmo que esse não seja o ideal.

3.2 A Moradia como Direito Fundamental

A moradia como direito fundamental está prevista no artigo 6º, Capítulo II (Dos direitos sociais), do Título II, da Constituição Federal. Esse direito foi inserido no texto constitucional como direito fundamental desde a edição da EC-26, de 14.2.2000.

O direito à moradia era antes reconhecido como expressão dos direitos sociais por força do artigo 23, inciso IX da Constituição de 1988, que estabelece como competência comum da União, Estados, Distrito Federal e Municípios o dever de “promover programas de construção de moradias e a melhoria das condições habitacionais e de saneamento básico”.¹⁰⁵

¹⁰³ *Apud* BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003, p. 562.

¹⁰⁴ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 51

¹⁰⁵ SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004, p. 313.

O artigo 1º da Lei 8009/90 dispõe sobre a impenhorabilidade do bem de família e prescreve que

Artigo 1º O imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar é impenhorável e não responderá por qualquer tipo de dívida civil, comercial, fiscal, previdenciária ou de outra natureza, contraída pelo cônjuge ou pelos pais ou filhos que sejam seus proprietários e nele residam, salvo nas hipóteses previstas nesta Lei.

Essa proteção ao bem de família, a moradia, é constituída em razões de ordem sociológica e moral, garantindo à família daqueles que têm dificuldades em saldar suas dívidas, condições mínimas de sobrevivência com dignidade. Procura-se evitar que o credor, usando da lei e da estrutura judiciária para satisfazer o crédito chegue ao extremo de condenar o devedor com sua família ao desabrigo.¹⁰⁶

O direito à moradia está relacionado com outros direitos fundamentais garantidos pela Constituição, entre eles a dignidade à pessoa humana, que está presente no artigo 1º, III, o direito à intimidade e à privacidade, presente no artigo. 5º, X, além da inviolabilidade do domicílio, que está no artigo 5º, XI.

O direito à moradia é um direito social perfeitamente enquadrado no rol dos direitos fundamentais de segunda geração, e localiza-se no ordenamento jurídico em plano hierarquicamente superior dos direitos fundamentais, ou seja, no ápice do sistema, sendo direito subjetivo de todos os cidadãos sujeitos ao ordenamento jurídico brasileiro.

3.3 Do artigo 3º, inciso VII, da Lei 8.009/90

A lei 8.099/90, conferindo proteção a família, o fez de forma mais ampla do que no Código Civil. No Código Civil a instituição do bem de família depende de iniciativa do instituidor, já na lei em questão, a impenhorabilidade do bem de família criou-se por norma de ordem pública, tornando ineficaz quanto ao mesmo bem, a execução de dívidas do instituidor mesmo que sejam anteriores à lei. Esses débitos só podem ensejar execução sobre outros bens do devedor, mas não sobre o bem de família.¹⁰⁷

¹⁰⁶ CZAJKOWSKI, Rainer. **A impenhorabilidade do bem de família**: comentários à lei 8009/90. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001, p. 16.

¹⁰⁷ AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999, p. 214.

A moradia da família e determinados móveis e equipamentos que a guarnecem ficam resguardados e, portanto, fora do alcance de qualquer ato de constrição pelo princípio geral do artigo 1º da Lei 8.009/90, mas há exceções a regra. As exceções a essa regra constituem *numerus clausus*, ou normas de interpretação restrita, não admitindo assim nenhuma aplicação extensiva.¹⁰⁸

Além das hipóteses estabelecidas no art. 2º, a Lei da Impenhorabilidade do Bem de Família também incluiu outras exceções a esse benefício, as quais estão previstas no art. 3º, *in verbis*:

Artigo 3º. A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo se movido:

I – em razão dos créditos de trabalhadores da própria residência e das respectivas contribuições previdenciárias;

II – pelo titular do crédito decorrente do financiamento destinado à construção ou à aquisição do imóvel, no limite dos créditos e acréscimos constituídos em função do respectivo contrato;

III – pelo credor de pensão alimentícia;

IV – para cobrança de impostos, predial ou territorial, taxas e contribuições devidas em função do imóvel familiar;

V – para execução de hipoteca sobre o imóvel oferecido como garantia real pelo casal ou pela entidade familiar;

VI – por ter sido adquirido com produto de crime ou para execução de sentença penal condenatória a ressarcimento, indenização ou perdimento de bens;

VII – por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. (acrescido pela Lei nº 8.245, de 18.10.1991). (grifo nosso)

É importante observar que as hipóteses mencionadas neste artigo devem apresentar um apelo social em seu conteúdo. Ao presente estudo importa apenas no inciso VII.

¹⁰⁸ CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de família**: teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 78

O artigo 3º da Lei 8.009/90, em seu inciso VII, traz uma exceção à regra da impenhorabilidade do bem de família, excluindo dessa regra o crédito por fiança dada em contrato de locação. Desde a edição dessa lei, o contrato de fiança não excluía a proteção dada ao bem de família, sendo o imóvel do fiador isento de constrição judicial. No entanto, o artigo 82 da Lei do Inquilinato acrescentou o inciso VII ao artigo 3º da Lei 8.009/90 sem explicações lógicas e legislativas sobre os motivos.¹⁰⁹

3.4 Da Inconstitucionalidade do Dispositivo

O bem de família tem origem norte-americana e apareceu no Brasil com Código Civil de 1916, aparecendo primeiramente sob a modalidade voluntária. A espécie legal só surgiu bem mais tarde com o advento da Lei 8.009/90, que traz como regra a impenhorabilidade do bem de família, mas como quase toda regra do mundo jurídico, vem acompanhada de exceções. A Lei 8.245/91, além das já existentes, cria nova exceção à impenhorabilidade, tornando possível a penhora do bem de família do fiador locatício. A Emenda Constitucional nº 26/2000 introduziu o direito à moradia como novo direito social.

Considerando os graves efeitos sociais e jurídicos da Lei 8.009/90 é fácil compreender a controvérsia que se estabeleceu quanto à sua legalidade.

A Lei nº 8.245/91 (Lei do Inquilinato), com seu artigo 82, introduziu uma possibilidade de penhorabilidade do bem de família, previsto no artigo 3º da Lei nº 8009/90. É a possibilidade de um fiador ver sujeito à penhora um bem de família em razão de contrato de aluguel não cumprido pelo inquilino. Veja a seguir o disposto no artigo citado: “Artigo 3º A impenhorabilidade é oponível em qualquer processo de execução civil, fiscal, previdenciária, trabalhista ou de outra natureza, salvo de movido: [...] VII- por obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação”.

A Emenda Constitucional nº 26/2000, acrescentou o direito à moradia ao artigo 6º da Constituição Federal atual. Todavia deve-se indagar se o artigo 3º, inciso VII, da Lei

¹⁰⁹ CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de família**: teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010, p. 83.

8.099/90 não viola esse dispositivo constitucional, uma vez que todos os cidadãos devem possuir direito à moradia.¹¹⁰

Através dessa discussão surgiram duas correntes no direito. A primeira a favor da penhorabilidade do bem de família do fiador, que tem por fundamento o cumprimento do contrato; e a segunda, contra a penhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação, baseada em princípios constitucionais. Assim, divergem doutrina e jurisprudência.

Não obstante o Superior Tribunal de Justiça tivesse divergência interna, o tribunal se mostrou a favor da penhorabilidade. Desse modo, o presente trabalho analisará como forma de colacionar opinião diversa da que será defendida, alguns julgados desse Tribunal que norteia o Judiciário brasileiro.

É importante ressaltar que um dos fundamentos da corrente a favor a penhorabilidade do bem de família é a falta de regulamentação do direito à moradia, apenas exposto na Constituição Federal de 1988. Consequência disso é a eficácia da norma não ser plena, portanto, indiscutível quando posta ao lado da Lei nº 8009/90. Veja a seguir a opinião de José Rogério Cruz e Tucci:

Não tenho dúvida em afirmar que, mesmo com o advento da importante Emenda Constitucional n. 26/2000, se encontram vigentes e eficazes as exceções à impenhorabilidade catalogadas no art. 3º da referida Lei 8.009/90, inclusive, à evidência, aquela decorrente de execução de crédito contra o fiador de contrato de locação (inc. VII). Como procurei esclarecer, o assegurado direito constitucional à moradia reclama adequada regência normativa.¹¹¹

Destarte, resta-se consubstanciado a falta de regulamentação do direito à moradia, repercutindo na discussão acerca da penhorabilidade do bem de família do fiador nos contratos de locação. Assim, essa omissão do legislador foi crucial para destacar a prevalência do artigo 3º, VII da Lei nº 8009/90, somados a necessidade das partes cumprirem o contrato aos que assim defendem. Veja a seguir o entendimento de Heitor Vitor Mendonça Sica:

¹¹⁰ As Mesas da Câmara dos Deputados e do Senado Federal, nos termos do § 3º do art. 60 da Constituição Federal, promulgam a seguinte Emenda ao texto constitucional:

Art. 1º O art. 6º da Constituição Federal passa a vigorar com a seguinte redação:

"Art. 6º São direitos sociais a educação, a saúde, o trabalho, a moradia, o lazer, a segurança, a previdência social, a proteção à maternidade e à infância, a assistência aos desamparados, na forma desta Constituição." (NR)

Art. 2º Esta Emenda Constitucional entra em vigor na data de sua publicação.

¹¹¹ TUCCI, José Rogério Cruz. **Penhora sobre bem do fiador de locação**. in TUCCI, José Rogério Cruz, *et al* (coord). *A Penhora e o bem de família do fiador da locação*. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p.19.

O primeiro obstáculo que a tese não logra superar é o fato de que a norma do art. 6º. da Constituição é programática, isto é, estabelece apenas um horizonte de atuação para o Estado, carecendo de regulamentação, sem a qual não tem eficácia pela. [...] À vista dessas considerações, emerge indubitável que o direito à moradia, mesmo que se considere o art. 6º da Constituição auto-aplicável, não é absoluto e inafastável, pois pode e deve ceder espaço para outros princípios, como o da boa-fé, da segurança jurídica, do ato jurídico perfeito, da vedação do enriquecimento ilícito etc.¹¹²

Assim sendo, pode-se encontrar um vasto número de julgados no Superior Tribunal de Justiça, cujo posicionamento predominante é a favor da penhorabilidade do imóvel do fiador, veja a seguir ementas de votos que compartilham a mesma opinião, *in verbis*:

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. FIANÇA. PENHORA. BEM DE FAMÍLIA. POSSIBILIDADE. PRECEDENTES DO SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL E DO SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. EXECUÇÃO. INSTRUÇÃO. CÓPIA DO CONTRATO. ADMISSIBILIDADE. TESTEMUNHAS. ASSINATURA. DESNECESSIDADE. LIQUIDEZ E CERTEZA DO DIREITO. EXAME. IMPOSSIBILIDADE. MATÉRIA FÁTICO-PROBATÓRIA. SÚMULA 7/STJ. PRORROGAÇÃO LEGAL POR PRAZO INDETERMINADO. EXONERAÇÃO AUTOMÁTICA DA FIANÇA. IMPOSSIBILIDADE. PRECEDENTES. DIVERGÊNCIA JURISPRUDENCIAL. INEXISTÊNCIA. SÚMULA 83/STJ. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E IMPROVIDO.

1. É possível a penhora de bem de família como forma de garantir a obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação, não obstante a Emenda Constitucional 26/00 tenha incluído a moradia entre os "direitos sociais". Precedentes do STF e STJ. [...].¹¹³ (nossos os grifos)

LOCAÇÃO. FIADOR QUE PAGA A DÍVIDA AO LOCADOR. SUBROGAÇÃO LEGAL. EXECUÇÃO CONTRA O LOCATÁRIO-AFIANÇADO. BEM DE FAMÍLIA. PENHORA. IMPOSSIBILIDADE LEGAL.

1. A impenhorabilidade do bem de família é regra, somente cabendo as exceções legalmente previstas. Nos termos da Lei nº 8.009/90, art. 3º, VII (incluído pela Lei nº 8.245/91, art. 82), é possível a penhora do bem de

¹¹² SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Questões Polêmicas e atuais acerca da fiança locatícia.** in TUCCI, José Rogério Cruz, et al (coord). A penhora e o bem de família do fiador da locação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 52-53.

¹¹³ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. REsp nº 951.649/SP. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 17 dez. 07. DJe 10/03/08.

família como garantia de obrigação decorrente de fiança concedida em contrato de locação. [...]¹¹⁴ (nossos os grifos)

Há um vasto posicionamento jurisprudencial que segue a mesma linha mostrada acima:

AGRAVO INTERNO. LOCAÇÃO. FIANÇA. BEM DE FAMÍLIA. PENHORA. POSSIBILIDADE (PRECEDENTES).

1. Este Superior Tribunal de Justiça, na linha do entendimento do Supremo Tribunal Federal, firmou jurisprudência no sentido da possibilidade de se penhorar, em contrato de locação, o bem de família do fiador, ante o que dispõe o art. 3º, VII da Lei 8.009/90. [...]¹¹⁵ (nossos os grifos)

DIREITO CIVIL. RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. FIANÇA. BEM DE FAMÍLIA DO FIADOR. PENHORABILIDADE. PRECEDENTES. RECURSO ESPECIAL CONHECIDO E PROVIDO.

1. É possível a penhora do único bem imóvel do fiador do contrato de locação, em virtude da exceção legal do art. 3º da Lei 8.009/90, inserida pelo art. 82, VII, da Lei 8.245/91, que, por ser de índole processual, tem eficácia imediata. Precedentes do STJ e do STF. [...]¹¹⁶ (nossos os grifos)

RECURSO ESPECIAL. LOCAÇÃO. FIADOR. BEM DE FAMÍLIA. PENHORA. POSSIBILIDADE. ART. 3º, VII, DA LEI 8.009/90 E ART. 82 DA LEI 8.245/91. PRECEDENTES DESTA CORTE. CONSTITUCIONALIDADE. DECISÃO DO STF.

1. É pacífico no Superior Tribunal de Justiça o entendimento de que é legítima a penhora sobre bem de família de fiador de contrato de locação, a teor do inciso VII do art. 3º da Lei 8.009/90, acrescentado pelo art. 82 da Lei 8.245/91, inclusive para os pactos anteriores à vigência deste diploma legal. [...]¹¹⁷ (nossos os grifos)

No ano de 2006, o Supremo Tribunal Federal, no Recurso Extraordinário nº 407.688, julgou a constitucionalidade do artigo 3º, inciso VII, da Lei nº 8099/90, sendo favorável à penhorabilidade do bem de família do fiador, a saber:

FIADOR. Locação. Ação de despejo. Sentença de procedência. Execução. Responsabilidade solidária pelos débitos do afiançado. Penhora de seu imóvel

¹¹⁴ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. REsp nº 255.663/SP. Relator: Edson Vidigal. Brasília, DF, 29 jun 00, DJe 28/08/2000, p. 125.

¹¹⁵ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. AgRg no AG 923.763/RJ. Relator: Celso Limongi. Brasília, DF 02 jun 09, DJe 22/06/2009.

¹¹⁶ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. Resp 891.290/RJ. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF 27 mar 08, DJe 12/05/2008.

¹¹⁷ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. REsp nº 876.511. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF 17 abr 07, DJe 07/05/2007.

residencial. Bem de família. Admissibilidade. Inexistência de afronta ao direito de moradia, previsto no art. 6º da CF. Constitucionalidade do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009/90, com a redação da Lei nº 8.245/91. Recurso extraordinário desprovido. Votos vencidos. **A penhorabilidade do bem de família do fiador do contrato de locação, objeto do art. 3º, inc. VII, da Lei nº 8.009, de 23 de março de 1990, com a redação da Lei nº 8.245, de 15 de outubro de 1991, não ofende o art. 6º da Constituição da República.**¹¹⁸ (nossos os grifos)

Uma posição minoritária, todavia, entende que esta previsão é inconstitucional, uma vez que viola o princípio da isonomia e da proteção da dignidade da pessoa humana, previstos nos artigos 5º, caput, e 1º, inciso III, da Constituição Federal, respectivamente. Os motivos para tal posicionamento ocorrem porque o devedor principal não pode ter o seu bem de família penhorado, enquanto o fiador pode suportar a constrição por dívida do mesmo. Assim, a lesão à isonomia, princípio sobre o qual todos devem ser tratados de forma igual perante a lei, está no fato de a fiança ser um contrato acessório, que não poderia trazer mais obrigações do que o contrato principal de locação. Por isso, haveria violação à proteção constitucional da moradia, contida no artigo 6º, uma das formas de se exteriorizar o princípio de proteção da dignidade da pessoa humana.

O citado artigo traz exceção desnecessária e desproporcional à impenhorabilidade do bem de família, sob a justificativa de ser o direito à moradia o seu próprio fundamento. Em conformidade com a corrente que sustenta sua vigência, o dispositivo evita que sejam exigidas garantias mais onerosas para as locações residenciais facilitando o acesso à moradia arrendada.

Acontece que a solução do artigo citado acima além de não ser a única alternativa é a mais prejudicial delas por causar ônus excessivos aos fiadores em contratos de locação de imóveis, pois existe uma significativa desproporção no fato de proteger-se o bem de família daquele que origina uma dívida em detrimento do bem de família de quem lhe presta fiança.

Na prática, muitas vezes assessorado por uma Administradora de Imóveis, o locador, no caso de falta de pagamento do locatário, poderá executar diretamente o fiador em juízo, isso se deve ao fato da renúncia do benefício de ordem prevista no artigo 827 do Código

¹¹⁸ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE nº407688/SP, Pleno, Relator Ministro César Peluzo, julgado em 08.02.06, DJU 6/10/2006.

Civil, imposta ao fiador no momento da assinatura do contrato de garantia. O contrato citado se tornou um contrato de adesão.

Neste caso, o fiador poderá substituir o credor em seus direitos, podendo cobrar do locatário o que foi pago, inclusive danos, conforme demonstra o artigo 832 do Código Civil. Mesmo neste caso, o fiador não poderá pedir a penhora do bem de família do locatário, veja:

O fiador que paga integralmente a dívida a qual se obrigou, fica sub-rogado nos direitos e garantias do locador-credor. Entretanto, não há como estender-lhe o privilégio da penhorabilidade do bem de família em relação ao locatário-afiançado, taxativamente previsto no disposto mencionado, visto que nem mesmo o locador o dispunha.¹¹⁹

Nesse sentido, Pablo Stolze Gagliano e Rodolfo Pamplona Filho sustentam que este dispositivo de lei viola o princípio da isonomia insculpido no art. 5.º da Constituição Federal, uma vez que trata de forma desigual locatário e fiador, embora as obrigações de ambos tenham a mesma causa jurídica, qual seja: o contrato de locação.¹²⁰

Também se posiciona nessa linha, Eliane Maria Barreiros Aina, defendendo que o direito fundamental à moradia apresenta-se hierarquicamente superior à norma infraconstitucional que permite a excussão do bem de família do fiador, mesmo que essa seja a forma utilizada para proteger o crédito.¹²¹

Observe as palavras usadas por Eliane Maria Barreiros Aina para defender seu posicionamento:

O fiador, proprietário de um único bem imóvel que lhe serve de moradia, apresenta as mesmas condições de vida do locatário que também seja proprietário apenas de seu bem de família. Dessa forma, inexistem fundamentos para que sejam tratados de forma diversa pelo Legislador, o que vem ocorrendo, uma vez que o locatário não perderá seu bem de família pela sua própria dívida, mas o seu fiador sim, segundo os termos da lei.¹²²

¹¹⁹ SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. REsp nº 255. 663. Ementa: [...] Relator: Edson Vidigal. Brasília, DF, 29 jun. 00.

¹²⁰ GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I, p. 289.

¹²¹ AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 99-130.

¹²² Ibidem, p. 124.

Na mesma vertente, Genacéia da Silva Alberton entende que não é admissível que para garantir o débito de um contrato de locação o fiador seja despojado de sua própria moradia, então, se não houver disposição expressa do fiador indicando o seu único imóvel residencial como garantia, a penhorabilidade não deve ser acolhida.¹²³

Sem dúvidas, não há como aceitar a aplicação desse dispositivo, fato esse que foi reconhecido pelo Ministro Carlos Velloso, em decisão monocrática pronunciada em sede de recurso extraordinário perante o Supremo Tribunal Federal¹²⁴, *in verbis*:

Em trabalho doutrinário que escrevi "Dos Direitos Sociais na Constituição do Brasil", texto básico de palestra que proferi na Universidade de Carlos III, em Madri, Espanha, no Congresso Internacional de Direito do Trabalho, sob o patrocínio da Universidade Carlos III e da ANAMATRA, em 10.3.2003, registrei que o direito à moradia, estabelecido no art. 6º, C.F., é um direito fundamental de 2ª geração - direito social que veio a ser reconhecido pela EC 26, de 2000.

O bem de família - a moradia do homem e sua família - justifica a existência de sua impenhorabilidade: Lei 8.009/90, art. 1º. Essa impenhorabilidade decorre de constituir a moradia um direito fundamental.

Posto isso, **veja-se a contradição: a Lei 8.245, de 1991, excepcionando o bem de família do fiador, sujeitou o seu imóvel residencial, imóvel residencial próprio do casal, ou da entidade familiar, à penhora. Não há dúvida que ressalva trazida pela Lei 8.245, de 1991, inciso VII do art. 3º feriu de morte o princípio isonômico, tratando desigualmente situações iguais, esquecendo-se do velho brocardo latino: *ubi eadem ratio, ibi eadem legis dispositio*, ou em vernáculo: onde existe a mesma razão fundamental, prevalece a mesma regra de Direito. Isto quer dizer que, tendo em vista o princípio isonômico, o citado dispositivo inciso VII do art. 3º, acrescentado pela Lei 8.245/91, não foi recebido pela EC 26, de 2000".**¹²⁵ (nossos os grifos)

Esse foi o posicionamento mais relevante da jurisprudência, todavia o julgamento não foi unânime, restaram vencidos os Ministros Eros Grau, Carlos Brito e Celso de Mello, transparecendo assim uma comprovação da complexidade que envolve o tema. Ulteriormente, o Plenário daquela Corte, por maioria dos votos entendeu ser constitucional a

¹²³ ALBERTON, Genacéia da Silva. **Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador**. in TUCCI, José Rogério Cruz, *et al* (coord). A penhora e o bem de família do fiador da locação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003, p. 105-133.

¹²⁴ TARTUCE, Flávio. A inconstitucionalidade da previsão do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 866, 16 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7591>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

¹²⁵ SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 352.940/SP. Relator: Carlos Velloso. Brasília, DF 25 abr 2005, DJe 09/05/2005.

norma jurídica conforme a fundamentação do voto do Ministro César Peluzo no Recurso Extraordinário 407.688-8/SP, mantendo a situação anterior, que traz em seu voto o seguinte trecho:

Daí se vê logo que não repugna a ordem constitucional que o direito à moradia – o qual, é bom observar, se não confunde, necessariamente, com direito à propriedade imobiliária ou o direito de ser proprietário de imóvel – pode, sem prejuízo doutras afirmativas conformadoras, reputar-se, em certo sentido, implemento por norma jurídica que estimule ou favoreça o incremento da oferta de imóveis para fins de locação habitacional, mediante previsão de reforço das garantias contratuais dos locadores.¹²⁶

O Ministro César Pelluso defende em seu voto que a penhora do bem de família do recorrente não viola o artigo 6º da Constituição Federal uma vez que a norma configura direito social, não podendo qualificar-se como direito subjetivo, enquanto compõe o espaço existencial da pessoa humana. Ressalta também que não ofende o princípio isonômico porque se trata de situações factuais diversas.¹²⁷

Flávio Tartuce concorda integralmente com o posicionamento adotado neste trabalho e com a decisão monocrática do Ministro Carlos Velloso acima transcrita, e também entende pela inconstitucionalidade do art. 3º, VII, da Lei 8.009/90 nos seguintes termos: “com esperança, aguardamos que os demais Ministros do Excelso Pretório confirmem a brilhante decisão. Com isso, sem dúvidas deverá ocorrer uma reviravolta na jurisprudência de nossos Tribunais”.¹²⁸

Gecivaldo Vasconcelos Ferreira conclui que:

Após investigar alguns pontos polêmicos relativos à impenhorabilidade ora abordada, vislumbra-se que as regras que preservam o imóvel residencial do indivíduo têm uma utilidade social incomensurável. Não é tão fácil, contudo, determinar os limites de tal proteção.

Assim, das controvérsias abordadas, já em sede conclusiva podemos sintetizar, com amparo na jurisprudência dominante do STJ, as seguintes afirmações:

a) o imóvel de propriedade de indivíduo solteiro, que nele reside sozinho, também goza dos benefícios da impenhorabilidade;

¹²⁶ TRECHO DO VOTO do Ministro César Pelluso no RE 407.688/SP do Superior Tribunal de Justiça.

¹²⁷ Ibidem.

¹²⁸ TARTUCE, Flávio. A inconstitucionalidade da previsão do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 866, 16 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7591>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

b) não é imprescindível que a família more em seu único imóvel residencial para ter garantida a impenhorabilidade. Dependendo do caso concreto, mesmo que referido imóvel esteja alugado para outras pessoas, pode-se preservá-lo da penhora.

c) o imóvel misto (residencial e comercial), de regra, é penhorável no tocante à parte comercial;

d) a impenhorabilidade prevista na Lei nº 8009/90 pode ser alegada a qualquer momento nas instâncias ordinárias, como também pode ser decretada de ofício pelo juiz.¹²⁹

Desse modo, é necessário que se busquem novas formas de resolver essa questão, além das que já foram propostas, de forma que se encontrem alternativas que não prejudiquem nem locador, nem locatário. Caso assim não seja, continuarão sendo desrespeitados diversos princípios consagrados por nossa Carta Magna, como os princípios da isonomia e da dignidade da pessoa humana, além do direito fundamental à moradia.

Nesse sentido, Livia Gaigher Bósio Campello acredita que:

Do mesmo modo que a autonomia privada, no Direito Civil, está limitada pela tutela constitucional da propriedade, que a condicionou ao cumprimento de sua função social, do ponto de vista econômico, a autonomia privada não pode importar em renúncia ao "patrimônio mínimo existencial", direito econômico fundamental à moradia, pois, em última análise, se estaria a ofender o princípio da dignidade da pessoa humana.

11. Finalmente, ainda que um dos votos proferidos no referido julgamento (RE 407.688-8/SP), entenda que "eventuais trabalhos teóricos ou acadêmicos possam criar circunstâncias que inviabilizem, inclusive, o próprio desenvolvimento do setor e abertura de moradias a todos", acreditamos que **desvendar novos caminhos é a contribuição da doutrina para a evolução do direito, especialmente diante das situações jurídicas contemporâneas, cada vez mais complexas, em que se deve sempre ressaltar valores como a dignidade da pessoa humana, como bem demonstra a tendência constitucional e estrangeira.** Isso sem falar da superficialidade de alguns argumentos que, analisados com mais vagar, não se sustentam do ponto de vista científico, nem muito menos, constitucional brasileiro.¹³⁰ (Grifo nosso)

Existe o Projeto de Lei 6.413/2009 que está tramitando na Câmara dos Deputados e se dirige a proibir a penhora do bem da família do fiador para pagamento de débitos

¹²⁹ FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. A impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 744, 18 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7019>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

¹³⁰ CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; SILVEIRA, Vladimir Oliveira da. A (im)penhorabilidade do único imóvel do fiador na perspectiva do Direito Econômico. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2190, 30 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13072>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

locatícios. É importante salientar que já foram feitas outras tentativas de alterar a lei sobre a impenhorabilidade do bem de família, como os Projetos de Lei nº 3452/04 e nº 4728/98, mas estes não obtiveram o êxito de serem aprovados em definitivo.

O artigo 37, inciso II, da Lei do Inquilinato, determina que o locador pode pedir que o locatário ofereça uma das quatro modalidades de garantia locatícia, que são caução, fiança, seguro de fiança locatícia ou cessão fiduciária de quotas de fundos de investimento.

Vale ressaltar que a fiança é a modalidade mais comumente utilizada, uma vez que é a garantia mais acessível e menos onerosa para o locatário.

O art. 3º, VII, da Lei 8.009/90, como preza que o imóvel do fiador fique acessível, facilita a concretização das locações. Assim sendo, alterar a lei para tornar o imóvel destinado à família do fiador impenhorável inviabilizaria a fiança, fato que não condiz com a finalidade da lei que é facilitar locações. Assim, vale ressaltar que novas alternativas devem nascer.

Uma alternativa encontrada por João Hora Neto, por exemplo, diz respeito a reestruturação do seguro fiança locatícia:

Concluo que uma das formas de abrandar a voracidade do mercado imobiliário, afastando suas garras do bem de família do fiador da locação, é o Governo, via Dirigismo Estatal nas esferas executiva e legislativa, promover uma forte reestruturação do seguro fiança locatícia, minorando a abusividade dos sistemas bancário e securitário, que de há muito ditam as regras dessa garantia locatícia, impossibilitando a sua contratação por parte dos protagonistas da locação, locador e locatário.

Assim, entendo que, com a revitalização do seguro fiança, essa será, seguramente, a melhor e mais eficiente garantia locatícia, contratada de forma impessoal e sem a inconveniência de penhorar a casa de morar de um fiador, de um pai de família, implicando na ruína de mais um brasileiro – pelo fato de, singelamente, e com estribo no vetusto princípio do *pacta sunt servanda* -- ter assumido e pago uma dívida dos outros!¹³¹

Já para Roberta Elzy Simiqueli de Faria, a alternativa seria desconstituir o ato pelo qual foi transacionado um bem de família:

¹³¹ HORA NETO, João. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1476, 17 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10149>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

Resta-nos concluir, portanto, que o processo de execução não deve servir como instrumento de flagelo do devedor, posto que lhe devem ser assegurados os direitos básicos outorgados por lei, como o direito a ter moradia e, principalmente, o direito a ter uma vida digna, o que se restabelecerá, no caso presente, desconstituindo-se o ato pelo qual foi transacionado um bem de família, na medida em que se afigura direito indisponível, insuscetível de renúncia por parte de seu titular.

Eliane Maria Barreiros Aina apresenta em suas obras soluções para ao caso, veja:

A solução, já prevista na lei, seria a melhor amplitude do seguro-fiança locatícia, sendo que, hoje, a seguridade é a forma mais utilizada de prevenção de danos em numerosos setores da sociedade. Com a efetiva disseminação desse sistema poderiam ser feitos os ajustes necessários para que funcionasse a contento para todos os envolvidos, isto é, locadores, seguradores e locatários, eis que é a modalidade mais democrática de garantia, pois depende tão-somente da capacidade do pretendente a locatário de pagar um certo valor locativo, através do qual é dimensionado o prêmio a ser pago à seguradora.¹³²

Regnoberto Marques de Melo Jr. conclui que: “com ou sem lei nova, aos contratantes de locação sempre estarão abertas as vias negociais para recompor, com eficácia, as garantias bastantes ao fim do instituto”.¹³³

Pode-se concluir o estudo no sentido de que o artigo 3º da Lei do Inquilinato afronta a isonomia constitucional prevista no caput do artigo 5º da Constituição Federal, trazendo um vício de constitucionalidade que não deveria ser admitido no direito brasileiro.

¹³² AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002, p. 126.

¹³³ MELO JR., Regnoberto Marques de. Impenhorabilidade de bem de família decorrente de fiança locatícia. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3239>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

CONCLUSÃO

A Lei 8.009/90, ao estabelecer que o bem de família legal fosse amparado pela impenhorabilidade, teve por objetivo principal garantir uma sobrevivência decente de um devedor e de sua família, ao passarem por uma possível crise financeira. Assim, restou determinado que o único imóvel residencial e os bens móveis que guarnecem a residência de uma família ficassem protegidos de uma futura constrição judicial.

Considerando os fundamentos expostos durante todo o trabalho, pode-se perceber que essa proteção deve servir também a família do fiador por vários motivos, conforme serão relacionados a seguir:

- a) a exceção e impenhorabilidade relativa à fiança locatícia não se justifica por relevância jurídica suficiente;
- b) a possibilidade da penhora do bem de família do fiador confronta o Princípio da dignidade da pessoa humana presente no artigo 1º, inciso III da Constituição Federal;
- c) a penhorabilidade do bem de família do fiador fere a Emenda Constitucional nº 26/2000, que acrescentou o direito a moradia aos direitos sociais;
- d) os fundamentos que motivaram a inclusão do inciso VII ao artigo 3º da Lei 8.009/90 tem finalidade meramente política que beneficia pequenos grupos, não atendendo ao fim social de aplicação da lei;
- e) a situação de colocar a família do fiador em desabrigo é muito mais ofensiva à dignidade da pessoa humana do que o não recebimento de valor pecuniário pelo locador;
- f) a possibilidade de penhora do bem de família do fiador em contraposição a impenhorabilidade do bem de família do locatário coloca o fiador em situação desfavorável, pois suas obrigações se tornam maiores do que as

impostas ao locatário, sendo que o fato gerador é o mesmo, qual seja o contrato de locação, ofendendo assim ao princípio da igualdade.

Frente ao exposto acima, é necessário que sejam buscadas novas soluções para a questão, de forma que se encontrem alternativas que coloquem fiadores e locatários em situação de igualdade, não oferecendo prejuízo para ambos. Caso isso não ocorra, vários princípios de nossa Carta Magna, como o da isonomia e da dignidade da pessoa humana, além do direito fundamental à moradia continuarão sendo desrespeitados.

Assim, pode-se concluir que essa pesquisa gira em torno de que a possibilidade de penhora do bem de família do fiador deve ser considerada inconstitucional, tendo por fundamento que as normas e princípios constitucionais devem ter total eficácia. Só assim poderemos perceber o verdadeiro significado da expressão justiça!

REFERÊNCIAS

AINA, Eliane Maria Barreiros. **O fiador e o direito à moradia**. 3. ed. Rio de Janeiro: Lumen Juris, 2002.

ALBERTON, Genacéia da Silva. **Impenhorabilidade de bem imóvel residencial do fiador**. in TUCCI, José Rogério Cruz, *et al* (coord). A penhora e o bem de família do fiador da locação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

ARAGÃO NETO, Orlando. **O penhor no direito brasileiro**. Belo Horizonte: Andamentos, 2002.

AZEVEDO, Álvaro Villaça. **Bem de família**. 4. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 1999.

_____. **Bem de família**: com comentários à lei 8.009/90. 5. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2002.

BESSONE, Darcy. **Direitos reais**. São Paulo: Saraiva, 1988.

BEVILÁQUA, Clóvis. **Código civil comentado** in SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Bem de família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 369, 11 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5428>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

BLANC, Priscila Ferreira. **Plano diretor urbano e função social da propriedade**. Curitiba: Juruá, 2005.

BONAVIDES, Paulo. **Curso de direito constitucional**. 12. ed. São Paulo: Malheiros, 2002.

_____. **Curso de direito constitucional**. 13. ed. São Paulo: Malheiros, 2003.

CAMPELLO, Livia Gaigher Bósio; SILVEIRA, Vladmir Oliveira da. A (im)penhorabilidade do único imóvel do fiador na perspectiva do Direito Econômico . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 13, n. 2190, 30 jun. 2009. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=13072>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

CHEMERIS, Ivan. **A função social da propriedade**. São Leopoldo: Unisinos, 2002.

COELHO, José Fernando Lutz. **O contrato de fiança e sua exoneração da locação**. Porto Alegre. Livraria do advogado, 2002.

CREDIE, Ricardo Arcoverde. **Bem de família**: teoria e prática. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2004.

_____. **Bem de família**: teoria e prática. 3. ed. São Paulo: Saraiva, 2010.

CZAJKOWSKI, Rainer. **A impenhorabilidade do bem de família**: comentários à lei 8009/90. 4. ed. Curitiba: Juruá, 2001.

DINIZ, Maria Helena. **Código Civil anotado**. 6. ed. São Paulo: Saraiva, 2000.

_____. **Curso de direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 17. ed. São Paulo: Saraiva, 2002.

_____. **Direito civil brasileiro**: teoria das obrigações contratuais e extracontratuais. 19. ed. São Paulo: Saraiva, 2003.

FERREIRA, Gecivaldo Vasconcelos. A impenhorabilidade do imóvel residencial do devedor. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 9, n. 744, 18 jul. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7019>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

FRANÇA, Rubens Limongi. **Instituições de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 1999.

GAGLIANO, Pablo Stolze; PAMPLONA FILHO, Rodolfo. **Novo curso de direito civil**: contratos. São Paulo: Saraiva, 2005.

_____. **Novo curso de direito civil**. São Paulo: Saraiva, 2003, v. I.

GOMES, Orlando. **Contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2002.

GONÇALVES, Carlos Roberto. **Direito civil brasileiro**: contratos e atos unilaterais. São Paulo: Saraiva, 2004.

GUIMARÃES, Marilene Silveira. **Bem de família segundo o novo código civil**. Disponível em: <<http://www.intelligentiajuridica.com.br/>>. Acesso em: 14 jun. 2010, às 14:00 h.

HORA NETO, João. O bem de família, a fiança locatícia e o direito à moradia . **Jus Navigandi**, Teresina, ano 11, n. 1476, 17 jul. 2007. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=10149>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

MALUF, Carlos Alberto Dabus. **Limitações ao direito de propriedade**: de acordo com o Código Civil de 2002 e com o Estatuto da Cidade. 2. ed. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2005.

MARMITT, Arnaldo. **Bem de família legal e convencional**. Rio de Janeiro: Aide, 1995.

MELO JR., Regnoberto Marques de. Impenhorabilidade de bem de família decorrente de fiança locatícia. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 6, n. 59, out. 2002. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=3239>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

MONTEIRO, Washington de Barros. **Curso de direito civil 3**. São Paulo, 2009.

_____. **Curso de direito civil: direitos das obrigações**. 15. ed. São Paulo: Saraiva, 1979.

MONTEIRO, Washington de Barros; MALUF, Carlos Alberto Dabus; SILVA, Regina Beatriz Tavares da. **Curso de direito civil: direito das obrigações - 2ª parte**. 36. ed. São Paulo: Saraiva, 2009, v. V.

PEREIRA, Caio Mário da Silva. **Instituições de direito civil**. 12. ed. Rio de Janeiro- São Paulo: Forense, 1991.

_____. **Instituições de direito civil: contratos**. 12. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2007, v. III.

_____. **Instituições de direito civil: contratos**. 11. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2003.

_____. **Instituições de direito civil: direito de família**. 15. ed. Rio de Janeiro: Forense, 2005.

RODRIGUES, Silvio. **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. 28. ed. São Paulo: Saraiva, 2002, v. III.

_____. **Direito civil: dos contratos e das declarações unilaterais de vontade**. São Paulo: Saraiva, 1991.

ROSENVALD, Nelson. **Direitos reais**. 3. ed. Rio de Janeiro: Impetus, 2004.

RUSSO, Luciana. **Direito constitucional**. 2. ed. São Paulo: Saraiva, 2009.

SANTIAGO, Mariana Ribeiro. Bem de família. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 8, n. 369, 11 jul. 2004. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=5428>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

SANTOS, Marcione Pereira. **Bem de família**: voluntário e legal. São Paulo: Saraiva, 2003.

SEABRA, Antonio Luiz Bandeira. **Fiança no novo código civil**. São Paulo: Vale do Mogi, 2004.

SICA, Heitor Vitor Mendonça. **Questões Polêmicas e atuais acerca da fiança locatícia**. in TUCCI, José Rogério Cruz, et al (coord). A penhora e o bem de família do fiador da locação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

SILVA, José Afonso da. **Curso de direito constitucional positivo**. 23. ed. São Paulo: Malheiros, 2004.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. Resp 891.290/RJ. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF 27 mar 08, DJe 12/05/2008.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. REsp nº 255. 663. Ementa: [...] Relator: Edson Vidigal. Brasília, DF, 29 jun. 00.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 5ª Turma. REsp nº 951.649/SP. Relator: Arnaldo Esteves Lima. Brasília, DF, 17 dez. 07. DJe 10/03/08.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. AgRg no AG 923.763/RJ. Relator: Celso Limongi. Brasília, DF 02 jun 09, DJe 22/06/2009.

SUPERIOR TRIBUNAL DE JUSTIÇA. 6ª Turma. REsp nº 876.511. Relatora: Maria Thereza de Assis Moura. Brasília, DF 17 abr 07, DJe 07/05/2007.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL, RE nº 407688/SP, Pleno, Relator Ministro César Peluzo, julgado em 08.02.06, DJU 6/10/2006.

SUPREMO TRIBUNAL FEDERAL. RE nº 352.940/SP. Relator: Carlos Velloso. Brasília, DF 25 abr 2005, DJe 09/05/2005.

TARTUCE, Flávio. A inconstitucionalidade da previsão do art. 3º, VII, da Lei nº 8.009/90. **Jus Navigandi**, Teresina, ano 10, n. 866, 16 nov. 2005. Disponível em: <<http://jus2.uol.com.br/doutrina/texto.asp?id=7591>>. Acesso em: 14 jun. 2010.

TUCCI, José Rogério Cruz. **Penhora sobre bem do fiador de locação**. in TUCCI, José Rogério Cruz, *et al* (coord). A Penhora e o bem de família do fiador da locação. São Paulo: Revista dos Tribunais, 2003.

VENOSA, Silvio de Salvo. **Direito civil**: contratos em espécie. 3. ed. São Paulo: Atlas, 2003.

_____. **Direito civil**: direito de família. 5. ed. São Paulo: Atlas, 2005.